

InDret Penal

Mentes morales

Parece que se van apagando — como no podía ser de otro modo — los fuegos fatuos. Me refiero a aquellas afirmaciones altisonantes de que “el estado de la investigación neurocientífica” había acabado definitivamente con cualquier ontología no materialista — determinista, en fin — del ser humano. Reducido el yo al cerebro y sus conexiones neuronales, la libertad no existiría más que como una ficción autoconsoladora y el paso siguiente sería decidir qué hacemos con la responsabilidad penal. Más o menos.

Cada vez está más claro que ningún investigador neurobiológico serio se halla en condiciones — ni de lejos — de pensar siquiera en realizar tales afirmaciones. Y que, una vez más, los penalistas nos hemos dejado llevar por una moda intelectual puesta *en vogue* por sedicentes divulgadores. Charlatanes, en suma, que — eso sí — les han venido muy bien a quienes ahora, como en tiempos de VON LISZT y mucho antes, profesan una fe determinista y creyeron haber encontrado, por fin, una base empírica contrastada en la que apoyar su fe. Parece que tendrán que seguir con su *sola fides*...¹

Naturalmente, lo anterior no obsta a que la investigación neurobiológica seria pueda constituir un importante interlocutor para quienes nos dedicamos al Derecho penal (o a la filosofía moral): tanto en lo relativo a la teoría de la valoración de conductas, como en lo que se refiere a la imputación de estas a agentes. Esto es lo que sucede con textos como el libro de Marc HAUSER, profesor de biología evolutiva y bioantropología de Harvard, *Moral Minds. How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong*, 2006.² Basándose en las tesis de CHOMSKY sobre la existencia de una gramática universal imprimida en nuestro cerebro,³ HAUSER señala que los seres humanos disponemos de una “gramática moral universal”: un conjunto intuitivo, inconsciente, de instrumentos para construir sistemas morales. Esta facultad sería previa a la cultura y a la educación y nos permitiría distinguir entre el bien y el mal (¿la conciencia?!). El tema es, precisamente, que luego algunas culturas van estableciendo excepciones a dichas reglas universales.

Resulta interesante que Lothar PHILIPPS describa el planteamiento de HAUSER indicando que la idea “de que a la naturaleza humana le es inherente una ‘gramática moral’, que pone al ser

¹ La referencia latina parece además especialmente oportuna en un año en que se conmemora el quinto centenario del escrito sobre las indulgencias que clavara Lutero en la puerta del castillo de Wittemberg y que constituiría el principio de la reforma protestante.

² Ecco/HarperCollins Publishers, Nueva York.

³ Como es sabido, la tesis de CHOMSKY es que los seres humanos nacemos con una gramática universal, una capacidad cognitiva que nos ayuda a adquirir el lenguaje y que moldea la forma en que aplicamos las reglas lingüísticas.

humano en condiciones de distinguir entre el bien y el mal suena como una tesis iusnaturalista. Y que, de hecho, la teoría de HAUSER es de raigambre iusnaturalista”.⁴

El método de HAUSER consiste en plantear difíciles dilemas morales y observar cómo los resolvemos en nuestras aproximaciones intuitivas. Por ejemplo, la experimentación con diversas variantes del famoso “caso del trolley” de Philippa FOOT —conocido en Derecho penal unos veinte años antes, desde la construcción por Hans WELZEL del *Weichensteller-Fall*—, conduce a HAUSER a señalar que estamos equipados con un barómetro moral que nos permite distinguir entre matar como medio para obtener un fin y matar como efecto colateral no pretendido, aunque previsible, de la obtención de un “bien mayor”. Como se observa, un poderoso espaldarazo a la polémica doctrina escolástica del doble efecto que, muy debatida en el ámbito de la filosofía moral anglosajona, vuelve a la consideración de los penalistas de cuño germánico.⁵

Al mismo experimento se refieren PARDO y PATTERSON,⁶ citando a Joshua GREENE. Pongamos dos variantes. En la primera, se trata de la versión tradicional en la que un sujeto, mediante un interruptor, desvía un tren que iba a atropellar a cinco operarios hacia otra vía en que atropella sólo a uno. La mayoría de los encuestados responde en sentido favorable a accionar el interruptor. En la segunda variante, el caso es el mismo pero, para impedir que el tren atropelle a los cinco operarios, hay que arrojar a un gordo (*fat man*) desde un puente a la vía, de modo que su cuerpo frene al tren. La mayoría opta por no empujar.

Como señala RODRÍGUEZ HORCAJO,⁷ citando precisamente un artículo de HAUSER *et al.*, parece que existen tres principios morales universales: “el principio de la acción, el principio de la intención y el principio del contacto. Según el primero, el daño causado por acción es evaluado como moralmente peor que el daño equivalente causado por omisión. Según el segundo, el daño intencionalmente causado es evaluado como moralmente peor que el daño simplemente previsiblemente causado. Y según el tercero, el uso de contacto físico para causar un daño a una víctima es evaluado como moralmente peor que causar un daño equivalente sin usar dicho contacto”. Con todo, el mismo autor subraya que los sujetos sometidos al experimento no siempre se sirven de estos principios para justificar su respuesta, lo que pondría de relieve que unos juicios morales son más reflexivos y otros, más emotivos o intuitivos.

En efecto, debemos estar abiertos a las relaciones y los conflictos que se suscitan entre las intuiciones morales y la razón deliberativa. Un experimento de GREENE a sus estudiantes lo pone de relieve. Nos encontramos en estado de guerra. Los soldados enemigos matan a cuantos encuentran. Un grupo de los perseguidos se esconde en un sótano. De pronto, un bebé empieza a llorar. ¿Se le mataría para salvar al grupo? Los estudiantes sufren un desgarramiento interno entre la intuición (emoción) del “no” y la razón del “sí”.⁸ Esta diferencia entre la cognición automática y la cognición controlada se pone asimismo de manifiesto en el llamado “*omission effect*”. En efecto,

⁴ PHILIPPS, «Moralische Doppelwirkungen -die Wiederkehr einer naturrechtlichen Denkfigur aus dem Internet», en NEUMANN/HERZOG (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 199 ss. (206-207).

⁵ JOERDEN, «Spuren der duplex-effectus-Lehre im aktuellen Strafrechtsdenken», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, Carl Heymann, Colonia (entre otras), pp. 235 ss.

⁶ «Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia», *InDret*, (2), 2011, pp. 32-33.

⁷ En su tesis doctoral sobre *Comportamiento humano y pena estatal: Disuasión, cooperación y equidad*, Universidad Autónoma de Madrid, 2015, p. 96. [*Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2017, Marcial Pons].

⁸ Citado por PRECHT, *El arte de no ser egoísta* (trad. Reguera), 2014, Siruela, Madrid, p. 100.

parece que, a medida en que se va alcanzando una cognición más controlada, se supera la intuición de que las omisiones son siempre menos graves que las comisiones activas.⁹

Al final, quizá sea cierto que “en nuestra vida diaria seguimos la mayoría de las veces nuestras rápidas corazonadas morales. Juzgamos mucho más rápido según antipatía y simpatía que según máximas morales. Mentimos por un amigo, trampeamos por nuestros hijos, perdonamos con más facilidad a las personas simpáticas que a las antipáticas. Pero para nuestras grandes decisiones morales necesitamos *buenas razones*”.¹⁰ Ciertamente. Sin embargo, para el Derecho penal es muy importante conocer las intuiciones morales y tomarlas en consideración sin menospreciarlas como algo, sin más, irracional. Sobre todo, cuando nos hallamos ante algo tan profundamente imprimido en nuestra conciencia individual y, por tanto, también en nuestra interacción cognitivo-afectiva social. Al fin y al cabo, es en ésta en la que la teoría del delito acaba insertándose.

Jesús-María Silva Sánchez

⁹ CUSHMAN/MURRAY/GORDON-MCKEON/WHARTON/GREENE, «Judgement before principle: engagement of the frontoparietal control network in condemning harms of omission», *SCAN – Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2012, (7 – 8), pp. 888 ss. (894). En el ámbito estricto del Derecho penal, KARGL, «Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen», *GA*, 1999, pp. 459 ss.

¹⁰ PRECHT, *El arte de no ser egoísta*, 2014, p. 101. En cursiva en el original.